

Trabajo Fin de Máster



Universidad
Zaragoza

Dictamen elaborado por
MARITZA ANGÉLICA OLIVARES REVILLA

Con el objeto de:

Readmisión del Trabajador,
Despido objetivo, mujer embarazada.
“Readmission of the worker, objective
dismissal, pregnant woman”

Director: D. Manuel Alvarez Alcolea
Área de Derecho Laboral
Universidad de Zaragoza
Facultad de Derecho

2018- 2019

12/06/2019

Resumen

El presente Trabajo Fin de Máster, desarrolla un dictamen jurídico, tomando como base el despido objetivo de una trabajadora, por ineptitud sobrevenida, existiendo riesgo de embarazo. Se trata de un análisis jurídico en materia de Derecho Laboral, así como también normativa constitucional, doctrina y jurisprudencia, para desarrollar las cuestiones planteadas, acerca de este despido; a fin de que un Juez dirima, sobre la nulidad y/o improcedencia del despido y condene al empleador a readmitir al trabajador, en su anterior puesto de trabajo.

En su realización hemos estudiado diversas sentencias emitidas por Tribunales de orden Social, a fin de apreciar la doctrina jurisprudencial, que nos ayude a resolver este litigio, con alternativas que favorezcan a la mujer trabajadora en situación de embarazo. Las partes en que se organiza básicamente este documento, son cuatro: antecedentes, planteamiento, fundamentación jurídica y conclusiones.

Se propone un análisis teórico y práctico en el campo del despido laboral, profundizando en la causa objetiva de ineptitud sobrevenida y su relación con la nulidad del despido y el estado de embarazo de una trabajadora. En línea, con las interpretaciones de la doctrina, se subraya que el despido se produjo dentro del período de prueba y que el informe de prevención de riesgos no es una causa automática, para el cese de una relación contractual, así como la observancia de una discriminación por razón de sexo.

Palabras clave:

Despido, trabajador, embarazo, discriminación, nulidad, readmisión

Abstract:

The present Master's Degree, develops a legal opinion, based on the objective dismissal of a worker, due to ineptitude arising, existing risk of pregnancy. This is a legal analysis of labour law, as well as constitutional regulations, doctrine and jurisprudence, in order to develop the questions raised about this dismissal; in order for a judge to decide on the nullity and/or impropriety of dismissal and order the employer to readmit the worker to his previous job.

In carrying out this study we have studied various judgments issued by courts of social order, in order to appreciate the jurisprudential doctrine, which will help us to resolve this dispute, with alternatives that favour working women in situations of pregnancy. The main parts of this document are four: background, approach, legal basis and conclusions.

It proposes a theoretical and practical analysis in the field of dismissal from work, delving into the objective cause of ineptitude and its relationship with the nullity of the dismissal and pregnancy of a female worker. In line with the interpretations of the doctrine, it is underlined that the dismissal occurred within the probationary period and that the risk prevention report is not an automatic cause for termination of a contractual relationship, and the observance of discrimination on grounds of sex.

Key words

Dismissal, worker, pregnancy, discrimination, nullity, readmission

INDICE

	PÁG.
I.- ABREVIATURAS.....	4
II.- PRESENTACION	5
III. ANTECEDENTES DE HECHO	6
IV.- CUESTIONES QUE SE PLANTEAN	9
.1.- Incapacidad Temporal.....	9
2.- Informe de Prevención de Riesgos	9
3.-Despido Objetivo por Ineptitud sobrevenida.....	10
4- Nulidad de Despido y Discriminación por Razón de sexo.....	10
5.- Período de Prueba.....	11
V.- NORMATIVA APLICABLE	12
VI.- FUNDAMENTOS JURIDICOS	13
1.- Incapacidad Temporal	13
2.- Informe de Prevención de Riesgos	15
3.-Despido Objetivo por ineptitud sobrevenida.....	18
4.- Nulidad de Despido y Discriminación por Razón de sexo.....	21
5- Período de Prueba.....	25
VII.- PROCEDIMIENTO, COMPETENCIA, ESTRATEGIA	26
VIII.- MEDIDAS A ADOPTAR	31
IX.- CONCLUSIONES	32
X.- BIBLIOGRAFIA.....	35
XI.- JURISPRUDENCIA	36

I.- ABREVIATURAS

CE:	La Constitución Española
ET:	Estatuto de los Trabajadores
INSS:	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IT:	Incapacidad Temporal
LGSS:	Ley General de la Seguridad Social
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
LPRL:	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

II.- PRESENTACIÓN DEL TRABAJO

El presente Trabajo Fin de Máster, ha sido desarrollado sobre la base de un caso real en la materia de Derecho Laboral; y consiste en realizar un dictamen a partir de un caso práctico, en el cual se han tenido que estudiar y analizar diferentes instituciones específicas de Derecho laboral, para dar solución a una serie de cuestiones planteadas.

En principio fue leer los antecedentes de hecho, y las cuestiones que la demandante reclamaba, en la defensa de un justo derecho; el mismo que después de una larga gestión ante la vía administrativa, tras solicitar una baja y estando con una Incapacidad temporal (en adelante IT) para el trabajo; llega a ser extinguido su contrato por la empresa demandada, a través de un despido objetivo, por ineptitud sobrevenida regulado en el art.52.a), del Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores(en adelante ET), para luego pasar la trabajadora a una situación de riesgo por embarazo, en la empresa.

Para ello se tuvo que analizar y estudiar doctrina y jurisprudencia acerca del asunto, en libros, revistas, base de datos de la Editorial ARANZADI, SEPIN, Del Consejo General del Poder Judicial, (CENDOJ) y el blog TOP JURÍDICO; todo ello para dilucidar si la empresa estaba cometiendo un error en el despido de la trabajadora. Así como se tomó en cuenta, para la fundamentación jurídica, diversa normativa de orden laboral, constitucional y alguna directiva de la Comunidad Europea.

Acudiendo así, el trabajador ante la Jurisdicción de Orden Social, para reclamar sobre la improcedencia o nulidad del Despido Objetivo por ineptitud sobrevenida, tomando en consideración para su aplicación, los límites del artículo 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores y lo establecido en el artículo 14 de la Constitución Española (en adelante CE), ya que se produce una discriminación por razón de sexo y por consiguiente una vulneración de Derecho Fundamental; esperando que el órgano jurisdiccional emita una resolución estimatoria a favor de la trabajadora, declarando la Nulidad del despido y condenando al empleador a que proceda a la readmisión del trabajador de forma inmediata y en el puesto de trabajo anterior, en iguales circunstancias que las que regían, antes de producirse la extinción del contrato.

III.- ANTECEDENTES

En mi condición de representante de doña Soledad Ballesteros, requiere a quien suscribe Dictamen jurídico, en relación al despido por causas objetivas, por ineptitud sobrevenida, por riesgo de embarazo; y para la adecuada respuesta a las cuestiones planteadas, que se contrae el presente dictamen, debe tenerse en cuenta los siguientes **antecedentes de hecho:**

PRIMERO.- Que Doña Soledad Ballesteros, ha prestado servicios laborales para el Ayuntamiento de Alcolea de Cinca, (Huesca), con fecha desde el 02/01/2018, con la categoría profesional de profesora de educación infantil, con las siguientes tareas a desarrollar en el funcionamiento de su cargo, entre otros:

- Contribuir en el desarrollo físico y moral afectivo y comunicativo social y cognitivo de los niños de 0 a 5 años.
- Prestar ayuda práctica en tareas, como vestirse, comer, lavarse o ir al baño.
- Promover el aprendizaje en la primera infancia.
- Facilitar la evaluación del lenguaje oral y escrito, identificar las habilidades, intereses y necesidades especiales del niño.
- Pudiendo utilizar juegos estructurados y el apoyo de materiales audiovisuales, ordenadores, para lograr sus objetivos.
- Elaborar informes para mantener al día los expedientes del alumnado.
- Organizar salidas y estar pendiente de los niños durante las visitas a intereses educativos.

SEGUNDO.- Que la recurrente, inicio la relación laboral como interina, en fecha 2 de enero del 2018, con un contrato de interinidad para sustituir a la trabajadora, profesora titular de educación infantil, por razones de riesgo de embarazo. Con esta categoría profesional percibía un salario diario de 57 euros con noventa y tres céntimos (57,3 €), incluida parte proporcional de pagas extras.

.CUARTO.- Esta trabajadora, a la cual represento, causó baja por IT, en fecha 18/01/2018, por enfermedad, la misma que aquejada de lumbociática, que le impedía estar en posición sedante y en actividad con los niños pequeños.

QUINTO.- El Ayuntamiento mencionado, como empleador entregó a la trabajadora, una Resolución de la Alcaldía N° 3/18 de 18 de enero, en la que procedía a la extinción de la relación laboral el 19/01/18, indicando que: “por evidencia por parte de este empleador, de que la demandante se hallaba en estado de gestación y ocupando por sustitución el puesto de profesora de educación infantil, había un riesgo para la salud de la gestante y el feto ,lo que implicaba la ineptitud de la trabajadora sobrevenida, con posterioridad a su colocación efectiva en este ayuntamiento; el mismo que implica la imposibilidad de que dicha trabajadora desempeñe el puesto de trabajo de profesora de educación infantil, en régimen de sustitución del titular”. Por ello dicho empleador extingue el contrato de trabajo de la recurrente, con fecha 2 de febrero del 2018, con un despido por causas objetivas del art. 52.a) del ET; alegando ineptitud sobrevenida.

SEXTO.- Se establece un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador, hasta la extinción del contrato.

SÉPTIMO.- Hubo una reclamación por la vía administrativa, sin ninguna solución favorable a la recurrente; por lo que la trabajadora, al amparo del artículo 80 de la Ley 36/2011 del 10 de octubre, Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS); interpone una demanda ante el Juzgado competente, en este caso ante el Juzgado de lo Social de Huesca, dentro del plazo de veinte días, tal como prescribe el art. 69.3 de la LRJS; donde la recurrente demanda a dicho empleador, como consecuencia a la extinción de su contrato de trabajo, con un despido objetivo por ineptitud sobrevenida; pidiendo a este Juzgado que se declare la Nulidad del despido, de acuerdo al art. 55.5,b) del ET; así como la aplicación del art 14 de la Constitución Española (en adelante CE); con condena para el empleador, para que proceda a la readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que tenía antes del despido.

Acompaña a la demanda, copias del contrato de trabajo, de la carta de despido, certificado médico de la que causó la Incapacidad Temporal, certificado médico del estado de embarazo de la recurrente, así como la copia de la resolución denegatoria o documento acreditativo de la interposición o resolución del recurso administrativo.

OCTAVO.- De forma previa al juicio, hubo intento de conciliación entre las partes, ante el Letrado de la Administración de Justicia, correspondiente al juzgado que conoce

del despido, el mismo que se intento sin efecto; abriéndose las puertas a la celebración del juicio, ante el Magistrado de lo Social; siguiendo el procedimiento a través de la modalidad de despido del art. 184 de la LRJS, el cual se remite al art. 120 LRJS de despido, acumulando la vulneración de los derechos fundamentales sin perjuicio de la aplicación del art. 177 LRJS, el cual legitima y es tutelar de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas; el mismo que manifiesta que cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados sus derechos, a un tratamiento discriminatorio, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento, cuando la pretensión se suscite en el ámbito de la relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social. Siendo parte en estos procesos, el Ministerio Público, en defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

NOVENO.- En el acto del juicio, previa Legitimación activa y pasiva de las partes, ante el Juez competente, se presentan las alegaciones primeramente por la parte demandada, manifestando éste, que al inicio de la relación laboral, no conocía la situación de embarazo de la actora; mientras que la parte demandante alega que dicho empleador, sí que era conocedor de dicha situación, desde el inicio de la relación laboral y ratificándose a su vez en todo lo expuesto en la demanda.

DECIMO.- En la fase probatoria, se procede al interrogatorio de la parte demandada, previamente solicitada por escrito por la demandante y además se presentan como medios de prueba; la actuación de testificales y la exhibición de la documentación, así como prueba pericial, indicando los motivos por la que causó la trabajadora una Incapacidad temporal, así como su estado de embarazo; alegando también la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, por parte del empleador, señalada en el art. 96.1 de la LRJS y el art. 181.2 del mismo cuerpo legal, correspondiéndole al demandado la carga de la prueba, para acreditar los hechos en los que funda su carta de despido; no habiendo dejado constancia de estos hechos, ni del conocimiento de embarazo, ni de la ineptitud sobrevenida con posterioridad a la relación laboral.

Siguiendo con la fase de conclusiones, ambas partes se ratifican en sus alegaciones; quedando el juicio laboral visto para sentencia.

IV.- CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

En relación con los antecedentes de hecho que se han expuesto en el anterior punto, se plantean las siguientes cuestiones jurídicas:

1.- Incapacidad Temporal

La Incapacidad Temporal, regulada por el Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), en su artículo 169; la define como una situación en la que el trabajador, debido a una enfermedad o una lesión, no puede realizar su actividad laboral, quedando por este motivo el contrato de trabajo suspendido. En este caso, la trabajadora que luego de iniciar la prestación de sus servicios el 2-1-2018, en la empresa antes citada, tuvo que solicitar la baja médica, por padecer una lumbociática, quedando en una situación de IT desde el 18-1-2018, circunstancia esta, que conlleva una incapacitación a término y no es una causa de despido, sino de mera suspensión del contrato de trabajo. Igualmente también ha de tenerse en cuenta, que el riesgo de embarazo también conlleva una IT, dentro del Sistema de la Seguridad Social protegiendo a la trabajadora embarazada, en el artículo 186 de la LGSS; así como también una prestación por maternidad de 16 semanas.

2.- Informe de Prevención de Riesgos

Se tiene que plantear, si es posible despedir a una trabajadora embarazada, por un informe de “no apta” por el servicio de Prevención de Riesgos, cuando en el caso concreto; el empleador en cuestión, con fecha 2 de febrero del 2018, resuelve declarar la extinción del contrato de la trabajadora sustituta, en base a este informe, con un despido, por causas objetivas, en aplicación del art. 52.a), del ET, por ineptitud sobrevenida, aludiendo un riesgo de embarazo, por la actividad que conlleva el ser profesora de educación infantil. Por ello es necesario, que esta ineptitud sobrevenida, por riesgo de embarazo sea suficientemente probada por el empleador y no sea el informe de prevención propio de la empresa, que declare la falta de aptitud de la trabajadora, para que quede extinguida la relación laboral con la recurrente.

3.- Despido Objetivo por ineptitud sobrevenida

Esta ineptitud, que se define como una inhabilidad o carencia de facultades profesionales, tiene su origen en la persona del trabajador, lo que supone una ausencia de las condiciones necesarias para el correcto desempeño de su actividad, siendo este extremo relativo y relevante para su trabajo o rendimiento, en cantidad y calidad del mismo; ineptitud que puede ser originaria, esto es previa a la celebración del contrato de trabajo o sobrevenida; y que en este caso, para que proceda la extinción por causas objetivas de ineptitud sobrevenida, es que esta ineptitud que se alega, sea conocida o sobrevenida con posterioridad al contrato de trabajo; y donde la recurrente, alude a que el empresario conocía su situación de embarazo cuando se inicia la relación laboral, el mismo que no ha podido ser probada por el empleador; no puede existir un despido por ineptitud sobrevenida; siendo que al empresario le corresponde la carga de la prueba, tiene éste que acreditar, que el conocimiento o la situación de ineptitud ha sobrevenido con posterioridad a la colocación en dicha empresa.

4.- Nulidad del Despido y Discriminación por razón de sexo

La trabajadora, en su demanda, solicita la nulidad del despido:

- a) En razón de que el conocimiento por el empleador del estado de embarazo, ya es un elemento o requisito constitutivo del despido nulo de mujer embarazada, aún cuando la trabajadora no hubiera comunicado su embarazo a la empresa.
- b) Por vulneración de los derechos fundamentales, a la no discriminación por razón de sexo

Esta configuración del despido nulo de la mujer embarazada, que se halla contenida en el art. 55.5 del ET, como una norma que integra al despido nulo por lesión de derechos fundamentales como regla general, y en sus párrafos a) y b) integra los supuestos de despidos discriminatorios en los que se establece un régimen de prueba de la discriminación, particularmente favorable a la trabajadora. En este caso, se planteara también, el hecho de una discriminación por razón de sexo; ya que la recurrente se halla en estado de embarazo, situación de la que el empresario era conocedor, siendo ello una prueba de dicha discriminación, la misma que se halla contemplada en el art. 14 de la

CE, que evita así desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y de evitar que se atente contra la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

5.- Período de Prueba

Por otro lado también surge la pregunta, de que si hubiera sido posible de que el empleador despidiera a la trabajadora por no superar el período de prueba, ya que la misma se hallaba dentro de este período, al momento de extinguirle el contrato; por ello es preciso considerar que hubo vulneración de derechos fundamentales al amparo del art. 14 de la CE, ya que existía un estado de embarazo y por otro, la extinción del contrato durante el período de prueba, recayendo en un despido nulo.

V.- NORMATIVA APLICABLE

Se ha aplicado la siguiente normativa y doctrina jurisprudencial:

1.- La Constitución Española.

- Artículo 14, Derechos y Libertades.

2.- Real Decreto Legislativo /2015 de 30 de octubre, Ley General de la Seguridad Social.

- Artículo 169.1, Prestación por Incapacidad Temporal.
- Artículo 186, Prestación por riesgo durante el embarazo.

2.- Real Decreto Legislativo 2/2015 del 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, concretamente en sus artículos:

- Artículo 45.1, c), Causas y efectos de la suspensión de IT.
- Artículo 48.2, Suspensión y reserva del puesto de trabajo.
- Artículo 55.5, Despido Nulo por causas de Discriminación.

5.- Ley 36/2011 del 10 de Octubre; Ley Reguladora de la Jurisdicción social.

- Artículo 105, La carga probatoria corresponde al demandado.
- Artículo 120, Procedimiento de la modalidad del despido.

6.- Ley 39/1999 del 5 de Noviembre, Ley sobre la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

7.- Directiva 92/85 de la CEE, del Consejo del 19 de octubre de 1982, Art. 10.1 y 2.

VI.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: INCAPACIDAD TEMPORAL

La Incapacidad Temporal, se define según Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, por la que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en su art. 169.1; como las situaciones debidas a enfermedad común o profesional y accidente no laboral de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y este impedido para el trabajo, junto con los períodos de observación por enfermedad profesional en que se prescribe la baja en el trabajo y que por este motivo, el contrato de trabajo puede quedar suspendido, de modo que no se dan las prestaciones recíprocas de ambas partes; así el trabajador no tiene obligación de seguir trabajando y la empresa tampoco está obligado a seguir pagando su salario, haciéndose cargo de ello, la Seguridad Social

Así con dicha suspensión, se pretende preservar la estabilidad en el empleo, propiciando así la continuidad del contrato; aunque sea una situación de riesgo de embarazo, como es el caso de la recurrente, se debe permitir, la reincorporación al puesto de trabajo, una vez desaparecidas las situaciones determinantes de la suspensión, para evitar la extinción contractual.

Como ya explicamos en los hechos; la trabajadora recurrente, causó baja médica, el 18/01/2018, por una lumbociática, quedando por tanto en una IT, no considerando dicha lesión, por parte del empresario, ya que al día siguiente, en fecha 19/01/2019 la secretaria de dicha entidad demandada, emite una resolución, en la que se procedía a la extinción de la relación laboral, por evidenciar de este demandado, que la recurrente se hallaba en estado de gestación y que como profesora de educación infantil, era un claro riesgo para la salud de la gestante y el feto; según expediente seguido en esa administración, de evaluación extraordinaria del citado puesto; hecho este para que dicho empleador aproveche, para despedirla y extinguir su contrato, con un despido objetivo, con fecha 2/2/2018, aludiendo una ineptitud sobrevenida por riesgo de embarazo.

Siguiendo, al régimen legal vigente, de la IT de la recurrente; las leyes laborales, tratan sobre esta incapacidad en el art. 45.1.c) del ET¹, el mismo que determina que la suspensión del contrato de trabajo, por causas de enfermedad, entraña una paralización temporal y no definitiva en los efectos de ese contrato de trabajo, exonerando de las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo, se mantiene el vínculo entre las partes, reservando el correspondiente puesto de trabajo, por lo que al cesar la causa que le dio origen, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado

Es importante añadir que la conexión entre el despido por ineptitud y los distintos grados de incapacidad han sido simplificados a partir de la entrada en vigor de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ya que por imperativo legal la Incapacidad Laboral Transitoria y la Invalidez profesional son causas de suspensión y no de extinción del contrato de trabajo (Art. 45.1 c del ET), por lo que hay que excluir que se considere despido por ineptitud mientras el trabajador se halle de baja. Respecto a la Incapacidad Permanente total o absoluta, tales situaciones constituyen causas propias de extinción (art. 49.5 ET), quedando así diferenciadas de las que pueden dar lugar al despido disciplinario y de la extinción por fuerza mayor o por causas objetivas; es decir, uno de los requisitos que deben acompañar a la ineptitud para que pueda terminar con la relación laboral, es el de su carácter permanente y no circunstancial, algo que como su propia denominación indica, no sucede en la incapacidad temporal a la que se atribuya simplemente un efecto suspensivo de la relación laboral..

Por otra parte el art.48.2 del ET² ; avala y confirma la obligación que tiene el empresario de reincorporar al trabajador en su anterior puesto de trabajo, una vez que se presenta el alta médica. En este caso no se ha producido el alta médica, y el empleador, al día siguiente de la fecha que la recurrente inició esta IT, o sea el día 19/01/2018,

¹.- Art. 45.1.c) : Causas y efectos de la suspensión

. El contrato de trabajo podrá suspenderse por la incapacidad temporal de los trabajadores

².- Art. 48.2 ,ET: Suspensión con reserva del puesto de trabajo. En el supuesto de incapacidad temporal producido la extinción de esta situación con declaración de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo subsistiendo la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo durante un periodo de 2 años a contar desde la fecha de la resolución por a que se declare la incapacidad permanente.

emitió su resolución, indicando sobre la ineptitud sobrevenida de la trabajadora, con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa, y la imposibilidad de seguir prestando sus servicios en esta entidad; donde existía indicios, de que el empresario conocía el estado de embarazo de la trabajadora desde el inicio de la relación laboral.

Esta situación de riesgo durante el embarazo, deberá considerarse como una IT, esto es una suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto, donde la trabajadora podrá reincorporarse a su puesto al finalizar la situación, de esta manera será nulo el despido durante el período de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, salvo que en esos casos se declare la procedencia, por motivos no relacionados con el embarazo, o se declare la procedencia por motivos no relacionado con el embarazo. En esta situación de IT; el empresario está obligado a continuar la cotización a la Seguridad social y estas prestación se consideran a todos los efectos como contingencias profesionales, sin requerirse período mínimo de cotización para acceder a las prestaciones económicas de riesgo durante el embarazo; las mismas que corresponden a una prestación económica del cien por cien de la base reguladora establecida para la Incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

Resumiendo, se puede decir que en el caso que nos ocupa, el empleador aprovecha, que la recurrente comienza la IT, para proceder a la extinción de su contrato laboral, con fecha 2/2/2018, con un despido objetivo, por causa de una ineptitud sobrevenida, a sabiendas de que su contrato estaba suspendido, hasta la fecha de alta médica.

SEGUNDO: INFORME DE PREVENCIÓN DE RIESGOS

Siguiendo la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Aragón /(n adelante TSJA), dicha ineptitud sobrevenida tiene que ser probada, no sirviendo un informe del servicio de prevención de riesgos de la propia empresa, como recoge la doctrina de este Tribunal, en sentencia de fecha 21/2/2018, recurso 45/2018 y 28/2/2018, recurso 62/2018, que han sentado la doctrina siguiente: *“Si la declaración de no aptitud del servicio de prevención vinculase en el pleito impugnado el despido por ineptitud sobrevenida, bastaría con que un servicio de prevención propio de la empresa declarase dicha falta de aptitud para que el empleador pudiera extinguir la relación*

laboral, al amparo del art. 52.a del ET sin posibilidad de defensa por parte del trabajador, lo que situaría en una situación de indefensión proscrita por el art. 24 de la CE”.

Reiterado pronunciamientos de diferentes Tribunales Superiores de Justicia (en adelante TSJ), han declarado improcedentes sendos despidos objetivos por ineptitud sobrevenida a pesar de la existencia de la declaración de no aptitud por el Servicio de prevención de la empresa, que no vincula al Tribunal, explicando porque las dolencias del trabajador no son tributarios de un despido objetivo.

La sentencia del TSJ de Madrid de 11/7/2016, recurso 348/2016, declaró improcedente un despido por ineptitud pese a que el servicio de prevención había declarado no apta a la trabajadora argumentando: *“al no concurrir a nuestro juicio, los requisitos para extinguir objetivamente el contrato de trabajo de la actora por ineptitud sobrevenida a su colocación en la empresa, pues no existe prueba de ningún tipo, más allá del informe de Servicio de Prevención privado y no ratificado en juicio, al que se ha aludido a lo largo de toda sentencia, sobre que la actora no pueda realizar las actividades habituales de su puesto y sin que la haya logrado acreditar tampoco, que funciones concretas y específicas no puede realizar y la medida en la que su cuadro clínico residual, resulta incompatible, por limitárselo de manera absoluto, con la incompatible, por limitárselo de manera absoluto, con la realización del núcleo básico de su ocupación”.*

En el mismo sentido puede citar la sentencia del mismo Tribunal de 91/2014, recurso 1579/2013 del TSJ de Castilla y León con sede en Burgos de 11/6/2008, recurso 277/2008; 23/2/2012, recurso 111/2012 y 5/10/2015, recurso 599/2015; del TSJ de Asturias de 19/9/2014, recurso 1460/2014; y del TSJ de las Islas Canarias con sede en las Palmas de 23/10/2013, recurso 716/2013. La primera de las citadas sentencias del TSJ de Castilla y León argumenta: “La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, sec. 1ª, en Sentencia de fecha 21/6/2005, núm. 5550/2001, recurso 424/2004, viene a señalar que *“a fin de determinar si concurre causa de ineptitud como causa de extinción del contrato*

de trabajo por causas objetivas que viene recogido en el apartado a) del art. 52 del ET, el diagnóstico de la entidad aseguradora es insuficiente para fundar la ineptitud invocada. Con todo ello llegamos a una primera conclusión que nos parece importante y es que la declaración de no apto de un trabajador efectuada ò ruin servicio de prevención como consecuencia de la revisión médica a la que puede ser sometido no es causa automática para que opere el art. 52.a del ET y se justifique con ello la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo al amparo del citado texto legal, sino que deben de concurrir los demás requisitos antes expuesto y que viene siendo admitidos de forma constante y reiterada por nuestra jurisprudencia”.

En idéntico sentido se pronunció la STS de 22/7/2005, recurso 1333/2004, la cual examinó la suficiencia o insuficiencia de la comunicación de despido por ineptitud sobrevenida de un vigilante de seguridad que había sido declarado no apto por el Servicio de vigilancia de salud laboral. La carta de despido no relataba las deficiencias físicas apreciadas por dicho servicio de vigilancia. El Tribunal Supremo (en adelante TS), considera suficiente la comunicación de despido, estimando el recurso de casación y denegando la nulidad del despido: *“No obstante, la estimación del presente recurso de casación no puede conducir a desestimar íntegramente el de suplicación, porque la resolución del debate planteado en el mismo, requiere la de otro motivo subsidiario del que ha sido resuelto, consistente en la inexistencia de la causa de ineptitud en que se fundó la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo, que expresamente dejó sin analizar ni resolver la sentencia recurrida, al haber estimado el motivo de suplicación que ha sido objeto único del recurso de casación. Habrá de ser acordada, por lo tanto, a procedencia de que se dicte nueva sentencia de suplicación en la que se resuelva el indicado motivo de dicho recurso”.*

En definitiva, la declaración de no apto por el Servicio de prevención, propio o ajeno, no excusa al empleador de justificar la concurrencia de los requisitos legales del despido por ineptitud sobrevenida, para lo cual puede valerse de cualquiera de los medios de prueba admisibles a derecho.

TERCERO: DESPIDO OBJETIVO POR INEPTITUD SOBREVENIDA

En la presente causa, el empleador extingue el contrato de la demandante, con un despido objetivo, indicando la ineptitud sobrevenida como una causa de dicho despido. Esta ineptitud conocida o sobrevenida, se halla regulada en el art. 52. a)³ del ET, que la cataloga como despido objetivo y permite la extinción contractual; y se puede definir como la falta de habilidad para el desempeño de la actividad laboral, traducéndose en un bajo rendimiento o escasa productividad de carácter no circunstancial sino permanente, sin que tales extremos incida actuación dolosa alguna por parte del trabajador; resultando incapaz para la realización del trabajo ordinario siempre que la enfermedad sea posterior a la fecha de iniciación del trabajo, siendo necesario que en esa incapacidad, en relación a un concreto puesto de trabajo, sea debidamente acreditada, de manera que resulte indubitado, que no puede realizar su trabajo habitual, y que esa ineptitud que alega el empresario, sea conocida o sobrevenida con posterioridad a la colocación en la empresa.

También puede ser definida de la siguiente manera: *“La ineptitud equivale a la ausencia de condiciones físicas, psíquicas o legales que son necesarias para el desarrollo normal de una determinada actividad. Cuando es física o psíquica se halla dentro de una incapacidad en los grados de total, absoluta o gran invalidez que son causas extintivas. Pero la discapacidad se contempla aquí automáticamente, en cuanto a que el empleador conoce a posteriori, lo único que sucede es que las anteriores situaciones gozan en principio de suficiencia, mientras que una incapacidad parcial exigirá, adicionalmente, justificación que impide seriamente al trabajo asumido. La ineptitud podría ser objetiva con la movilidad funcional del art. 39 del ET, pero si en las funciones nuevas aparece una ineptitud sobrevenida o una falta de adaptación, estos fenómenos pueden ser invocados como causa objetiva. Si la ineptitud se*

³ Artículo 52.- Extinción del contrato por causas objetivas.

a) Por ineptitud sobrevenida del trabajador conocido o sobrevenido con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.

contempla desde la perspectiva de los requisitos del contrato, cabe utilizarla como causa de anulabilidad.⁴”

En tanto que la doctrina señala: que la ineptitud física o psíquica sobrevenida, como causa de despido objetivo se corresponde normalmente en la práctica, con una invalidez permanente parcial del trabajador; ya que otros grados que invalidan, juegan en el Estatuto de los Trabajadores como supuestos suspensivos o extintivos propios del contrato de trabajo.

Así mismo, existe reiterada jurisprudencia social que desde hace mucho tiempo, define la ineptitud, como *“la habilidad deficiente para realizar el compromiso de trabajo que se ofreció para cumplirlo, según las circunstancias de lugar y tiempo que el momento exija”, (STS de 21/12/1943); “la falta de idoneidad para realizar el contenido laboral para el que fue contratado” (STS de 17/05/1968); “una inhabilidad, una falta de aptitud, preparación suficiente o que se obligó a ejecutar” (STS de 5/9/1984); la “incapacidad personal o inhabilidad profesional para el trabajo” (STS de 30/11/1989); o la “inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo” (STS de 2/5/1990).*

La STS del 14 de julio de 1982, declara también: *“Que si por ineptitud se entiende la falta de suficiencia o idoneidad para obtener y ejercer un empleo o cargo, la inhabilidad ignorancia o incompetencia para desarrollar provechosamente el trabajo encomendado... ha de ser para producir los efectos resolutorios del contrato de trabajo permanente y no meramente circunstancial, imputable al trabajador y no achacable a defectuosos medios de trabajo, verdadera y no disimulada, ya que ésta se integraría en otro tipo de falta general, o sea referida al conjunto o por lo menos a la principal de las tareas encomendadas, de suficiente entidad, es decir, una ineptitud apreciablemente inferior a la media normal, y sobre todo independiente de la voluntad, no debida a un actuar deliberado y consciente del sujeto, aunque así en ocasiones a abulia o descuido...”*

⁴.- Causas de Despido Objetivo Vol. 3, Mayte Fernández Beraibar; Thomson Aranzadi, 2007; pág. 135

Por tanto, para que la ineptitud sobrevenida sea causa justificadora de la medida extintiva, se exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) Que derive de circunstancias personales del trabajador, mediante la pérdida de sus facultades para cumplir con la prestación de servicios objeto de su contratación,, bien sea por disminución de su capacidad física o por la pérdida de las condiciones legales exigidas para el desempeño de su actividad.
- 2) Debe ser una situación permanente y no meramente coyuntural.
- 3) La ineptitud debe haberse originado con posterioridad al inicio del contrato de trabajo.
- 4) Debe afectar al núcleo central de su prestación de servicios, de manera decisiva, por lo que no basta la mera pérdida de aptitud para algunas tareas determinadas.
- 5) Debe ser ajena a la voluntad del trabajador.

Estos son los elementos esenciales para que proceda un despido objetivo por ineptitud sobrevenida, donde la ineptitud que se alega sea conocida o sobrevenida con posterioridad a la colocación de la empresa.

De todo lo expuesto; en el caso que nos ocupa, el empresario despide objetivamente a la recurrente, por causas de ineptitud sobrevenida, tal y como lo expresa en la carta de despido remitida a la misma; ineptitud que requiere que sea objeto de prueba por parte del empresario, quien ha de justificar que concurre una disminución relevante o sustancial en el rendimiento del trabajador o una carencia sobrevenida de los requisitos esenciales para realizar el trabajo, vinculados a la persona del trabajador y no imputables a la empresa misma; además de que dicho empleador, es conocedor de la situación de embarazo de la trabajadora, desde el momento que comienza la relación laboral y no con posterioridad.

Finalizando se tiene que tener en cuenta que toda presunción, ha de apoyarse en un hecho indicio, que en el caso concreto es el conocimiento del empresario de la situación de embarazo, en todo caso en nuestro ordenamiento no exige la comunicación

al empresario del estado de embarazo, sólo basta con que éste tenga conocimiento del mismo, bien porque sea apreciable a simple vista, bien porque el hecho sea conocido en el centro de trabajo, para que dicho despido corresponda automáticamente la calificación de nulidad; correspondiéndole acreditar al demandado que el conocimiento o la situación de ineptitud ha sobrevenido con posterioridad a la colocación de la trabajadora en la empresa, con apoyo hábil y suficiente, para que constase declarado como probado dicho hecho esencial, ya que de lo contrario, se debe declarar la nulidad del despido.

CUARTO: NULIDAD DEL DESPIDO Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

Tanto la normativa internacional como la comunitaria, a lo largo de los años, se han encargado de proteger especialmente a la trabajadora embarazada; así en lo referente al ámbito comunitario, en el art.5, d) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); donde en dicho precepto se prescribe que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, así como Directivas del ámbito comunitario.

En la normativa nacional, la regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, proclamado en el art. 14 de la Constitución Española (CE), despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres, en el mercado de trabajo y es preciso atender a circunstancias tales como la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre (SSTC 109/1993, de 25 de marzo FJ 6; y 3/2007 de 15 de enero, FJ 2)..

En una STS de 28 de noviembre de 2017 (R 3657/20159), este Tribunal reitera su doctrina en relación a la nulidad del despido, en ausencia de causa justificativa de las trabajadoras embarazada, aunque el empresario desconozca, el estado de gestación; ya que existe una protección objetiva de la trabajadora en base a la Directiva 92/85 de la

Comunidad Económica Europea (CEE), del Consejo de 19 de octubre de 1982; la misma que sirvió de base para el ordenamiento jurídico español por la ley 39/1999 de 5 de noviembre, Ley de conciliación y de la vida familiar de las trabajadoras; la misma que enfoca una prohibición de despido de la trabajadora embarazada, con el objeto de no desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y evitar que se atente contra la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

La doctrina de la Sala IV de este Tribunal, en dicha sentencia analiza los siguientes términos:

- a.- El despido de las trabajadoras embarazadas, se hallan vinculadas con el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), aunque se hallen vinculadas con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos.
- b.- Que en el ámbito de las relaciones laborales se tiene que ponderar las exigencias que el art. 14 CE, para hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo y atender sobre todo la incidencia que sobre su situación laboral, tienen la maternidad y la lactancia con el riesgo de pérdida del empleo, además de la desigualdad retributiva.
- c.- La protección de la mujer embarazada que instaura la ley 39/1999 de 5 de noviembre (Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras), se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al empresario o de que éste deba tener conocimiento de la gestación por cualquier vía; es más el ámbito temporal de la garantía referida a la fecha de inicio del embarazo, por fuerza excluye aquellos requisitos, pues en aquella fecha a la que se retrotrae la protección, ni tan siquiera la propia trabajadora podía tener noticia de su embarazo.
- d.- La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación dispensándola de la carga de acreditar indicio algún sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo, cuestión ésta que pertenezca la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener legítimamente preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello

también se corrige la dificultad probatoria de acreditar tal circunstancia, que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer.

Analizando la doctrina, en la STC 62/2007, la cuestión relativa al conocimiento o no por la empresa de la situación de embarazo, señala que la importancia de dicha cuestión viene determinada por el hecho de que, para entender vulnerado por la empresa el derecho de la trabajadora a la no discriminación por razón de sexo, no basta con el hecho de que la trabajadora haya sido despedida hallándose embarazada, sino que será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión, lo uno (del factor embarazo), con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación-extinción contractual), por cuanto que el estado de gestación constituye únicamente en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 de la CE.

Este derecho a no ser discriminado por razón de sexo o por razones de cargas familiares, debe exonerar de esta prueba del conocimiento del embarazo a la trabajadora y con ella, de toda obligación de declaración previa, sustituyéndola por la prueba en caso de despido de una hecho físico objetivo, como es el mismo embarazo, constituyendo así una medida de fortalecimiento de la garantías frente al despido de la trabajadora embarazada, así como el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE); y la protección de su salud y seguridad a las que alude la Directiva comunitaria, ya sean las referidas a la protección de la familia y de los hijos, amparando la libre determinación de la trabajadora a favor de su maternidad con una garantía de indemnidad reforzada.

Debemos señalar entonces, que todo despido a una mujer embarazada, es un despido nulo, salvo que el despido esté debidamente justificado y no tenga nada que ver, con la situación de embarazo cuando finalice un contrato temporal de la forma legalmente establecida; en cambio si el despido resultara injustificado, el despido resultaría nulo, aún cuando la trabajadora no hubiera comunicado su embarazo a la empresa, de acuerdo art. 55.5.b del ET⁵, y el art. 108.2 de la LRJS

⁵ Artículo 55.5.- Será nulo el despido que tenga por móvil, algunas de las causas de la discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se produzca con violación de Derechos Fundamentales y Libertades públicas del trabajador. .../...

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo 942/2017, sec. 1, del 28 de noviembre, manifiesta: *“que la corriente jurisprudencial viene determinando que en los supuestos en que se produce el despido de una trabajadora embarazada, la decisión viene a ser declarada nula, con independencia de que el empresario conociera la situación de embarazo o no, y que en la línea doctrinal, se ampara en la tesis de que la regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas, constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo y que es necesario atender a la peculiar incidencia que tiene la maternidad sobre la relación laboral de la mujer, hasta el punto de suponer un riesgo de pérdida del empleo, contra el que pretende hacer frente el principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de la relación laboral”*. Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que la protección de no discriminación de trabajadoras embarazadas impone una protección mayor que en otros supuestos de trabajadoras embarazadas, por lo que la nulidad opera en cualquier supuesto de despido de trabajadora embarazada, incluso en aquellos en que no se ha demostrado que la empresa tuviera conocimiento de dicha situación, o que el despido tenga por móvil la situación de la trabajadora”.

En este supuesto, se podría plantear dudas sobre la licitud de la conducta y si la misma constituye un acto de discriminación; por ello es necesario diferenciar las posibles calificaciones de dicha extinción contractual, improcedente y nula, ya que las consecuencias de cada una de ellas son distintas. Si el despido se declara improcedente, la empresa deberá optar por readmitir al trabajador en las mismas condiciones que venía disfrutando o indemnizar su despido con la cuantía correspondiente al despido improcedente. Sin embargo, si el despido se declara nulo, la empresa no tiene la potestad de optar y debe readmitir al trabajador en las mismas condiciones que ostentaba cuando fue despedido y abonarle los salarios de tramitación, que suelen ser más elevados que las indemnizaciones.

Lo que establece esta doctrina es que en los supuestos de despido de una trabajadora embarazada, debe diferenciarse si la decisión empresarial responde precisamente al embarazo (móvil discriminatorio) o si la decisión extintiva meramente

.../...ET Art. 55.5....b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo, hasta la fecha del comienzo del período de suspensión del contrato de trabajo, por nacimiento, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo por la lactancia natural o por las enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia...

coincide en el tiempo con el estado de gestación de la trabajadora, sin que tal circunstancia sea conocida por el empresario. Si se trata del primero de los supuestos, la nulidad radical del despido procede directamente de la quiebra del art. 14 CE, por vulnerar la prohibición de discriminación por razón de sexo; mientras que si se trata del segundo supuesto el despido ha de ser declarado nulo, en virtud del sistema de tutela objetiva introducido por la Ley 39/1999 [art. 55.5.b) LET], de suerte que si la jurisdicción social no declarase la nulidad del despido en este supuesto ello supondría la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo

QUINTO: PERIODO DE PRUEBA

Analizando el período de prueba dentro del presente contrato, cabe preguntarse si el empleador pudo extinguir el contrato de la trabajadora, por no superar este período, en vez de considerar la ineptitud sobrevenida. Así el contrato de interinidad regulado en el art- 15 del ET, y el período de prueba en su art. 14 ET, establece que ese período en los contratos de duración determinada, cuya duración no sea superior a 6 meses, no podrá exceder de un mes, salvo que el convenio colectivo prevea otra cosa.

La doctrina sentada en las SSTC 92/2008 de 21 de julio y 124/2009, de 18 de mayo, con apoyo del voto particular a la STC 2893/2010 de 18 de abril de 2011 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, se afirma por la demandante que las Sentencias impugnadas en amparo han rechazado su pretensión de que se declare nula la extinción de su contrato efectuando una incorrecta interpretación del art. 55.5 b) del ET, en relación con un supuesto de extinción de la relación laboral durante el período de prueba de una trabajadora embarazada, aunque no conste que tal situación fuera conocida por el empresario. Según la demandante, la doctrina sentada por las SSTC 92/2008 y 124/2009 sobre nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada es extensible a los supuesto de la extinción de contrato durante el período de prueba, por lo que, aunque la empresa no conociera su estado de gestación, la decisión extintiva, mediante embarazo de la trabajadora, debe ser declarada nula ipso jure.

VII.- PROCEDIMIENTO, COMPETENCIA, ESTRATEGIA, DESARROLLO

Toda persona que haya prestado servicios de forma dependiente y por cuenta ajena, tiene la posibilidad de impugnar judicialmente el cese de la relación laboral decidido de forma unilateral por la empresa, con un despido. A este efecto la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, configura un sistema, que sirve como modelo básico, para una reclamación procesal; así en el caso concreto, se establecerá las siguientes consideraciones:

- 1.- La trabajadora formaliza demanda, siguiendo lo tipificado en el art. 80 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, LRJS; ante el Juzgado competente; en el caso concreto ante el Juzgado de lo Social de Huesca, donde la recurrente, solicita la Nulidad del despido; siendo que el empleador, le extingue su contrato de trabajo, con un despido objetivo, por ineptitud sobrevenida. Acompaña a la demanda, pruebas documentales, como el contrato de trabajo, la carta de despido, certificado médico de la Incapacidad temporal y la copia de resolución denegatoria o documento acreditativo de la interposición o resolución del recurso administrativo.
- 2.- Se plantea esta demanda, contra la entidad empleadora, en el plazo de veinte días hábiles, de acuerdo al art. 69.3 de la LRJS; solicitando que se declare la Nulidad del despido, de acuerdo al art. 55.5.b) del ET y art. 14 de la Constitución Española; pidiendo que se condene al empleador, para que proceda a la readmisión de la trabajadora, en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que tenía antes del despido. Así como abonar los salarios de tramitación dejados de percibir, desde la fecha del despido, hasta su efectiva reincorporación, compensándose el importe satisfecho anteriormente en concepto de indemnización por extinción del contrato de trabajo.
- 3.- De forma previa al acto del juicio, ha de haber, el intento de conciliación entre las partes, ante el Letrado de la Administración de Justicia correspondiente al juzgado que va a conocer del despido, según el art. 84 de la LRJS, el mismo que en el caso concreto se intentó, sin efecto, abriéndose las puertas a la celebración del juicio ante el Magistrado de lo Social. El procedimiento a seguir es a través de la modalidad de despido del art. 184 de la LRJS, que se remite al art. 120 del mismo cuerpo legal, sin perjuicio de la aplicación del art. 177 LRJS, el cual manifiesta que cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados sus derechos a un tratamiento discriminatorio,

podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social. Siendo parte en estos procesos el Ministerio Público, en defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de dichas conductas. Y que una vez justificada la concurrencia de indicios en el acto del juicio, de que se ha producido violación del Derecho Fundamental correspondería al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, que en el presente caso el demandado no aportó.

4.- En el Acto del juicio, se presentan las alegaciones, de la demanda y de la contestación; le corresponde primeramente a la parte demandada y este alega que al inicio de la relación laboral, no conocía la situación de embarazo de la actora, correspondiéndole a esta parte empresarial la actividad probatoria, para acreditar los hechos en los que funda su carta de despido, mientras que la parte demandante alegaba que el empleador, sí, era conocedor de dicha situación cuando se inicia la relación laboral, ratificándose en todo lo expuesto en la demanda.

5.- En la fase probatoria, se presentan medios de prueba, testificales y también documentales, así como una prueba pericial, las mismas que son previamente propuestas por las partes y admitidas por el Juez y que aportarán indicios sobre la veracidad de los hechos; indicando el motivo de la IT de la recurrente, así como de su estado de embarazo. Se procede al interrogatorio a la parte demandada, y a los testigos, respecto de las circunstancias personales y de la veracidad de lo manifestado por las partes, en cuanto a los hechos en los que basa el despido objetivo, en perjuicio de la recurrente. Siendo esencial, que corresponda al demandado, la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido, o sea acreditar el conocimiento o la situación de ineptitud sobrevenida con posterioridad a la colocación en dicha entidad, en aplicación al procedimiento de las normas contenidas para los procesos de despido (art. 120 de la LRJS), conforme al art. 105 de la LRJS.

6.- Además se tiene que tener en cuenta, que en los despidos en los que se alegue vulneración fundamental rige la alteración de la carga de la prueba, prevista en el art.

96.1 de la LRJS, ya que acreditado un indicio de la lesión, corresponderá al empresario la acreditación de una razón objetiva y razonable del despido que aleje el propósito discriminatorio.

Es cierto que, como consecuencia de la aplicación de estas reglas, la carga de la prueba recae sobre el demandado. Pero ello no significa, como se ha advertido ya por doctrina y jurisprudencia, que se produzca una inversión real de la carga probatoria. En efecto, como recordaba la STC 216/2005, de 12 de septiembre, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada a la que recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental, la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. .

7.- Terminada la actuación de la prueba, se procede a las conclusiones del juicio por la parte demandada y luego el demandante, donde se ratifican en sus alegaciones, dejando patente tanto la valoración de la prueba, así como elevan a definitiva las propias conclusiones; quedando el juicio visto para sentencia.

8.- La sentencia, que es la resolución final del juicio, donde deberán hacerse constar los hechos que se estimen probados y las circunstancias que sean necesarias o relevantes para la determinación del contenido; la misma que puede ser calificada como:

- **Despido procedente;** cuando haya quedado acreditado las alegaciones del empresario en el escrito de comunicación de su decisión.

- **Despido improcedente;** cuando no quede acreditada la existencia o riesgo alegado por el empresario en el escrito de comunicación o en el supuesto de haberse incumplido los requisitos exigibles del art. 55.5 del ET, condenando al empresario a elección, a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como el abono de los salarios de tramitación previstos en el art. 56.2 del

ET; o a que le abone una indemnización, cuya cuantía sea de acuerdo a lo previsto en el art. 56.1 ET, (art. 111.1 LRJS).

- **Despido Nulo**; cuando el despido tenga como móvil una de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley o que se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (art. 53.4 y 108.1, 108.2 LRJS) o que esté basada en presunciones, para que el despido del trabajador incurso en tales circunstancias sea merecedor de la nulidad.

En el caso concreto, el Juzgado competente de lo Social, en Primera instancia estima la demanda de la recurrente, y declarara la Nulidad del despido, tanto si éste tiene como móvil una causa de discriminación por razón de sexo, como es el embarazo, como si no concurre la causa de extinción objetiva, y que la trabajadora se encuentra en situación de embarazo, pues en dicho supuesto concurre una nulidad del despido por causas objetivas como es el embarazo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 55.5.b) del ET, aunque el empresario no tenga conocimiento de esa situación; sentencias del TS de 16/01/09 -rcud 1758/08-; 17/03/09 -rcud 2251/08-; 13/04/09 -rcud 2351/08-; 30/04/09 -rcud 2428/08-; 14/01/15 -rcud 104/14- y 28/11/2017 rcud 3657/2015. Y que una vez declarada la nulidad; por este Tribunal, dicho demandado deba proceder a la readmisión de la trabajadora en su antiguo puesto y abonarle los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido, hasta su reincorporación.

9.- Contra esta sentencia de Primera Instancia, cabe Recurso de Suplicación, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, por la parte demandada, que impugna la sentencia, al amparo del art. 193.c de la LRJS, donde denuncia la infracción de norma sustantiva, por aplicación indebida del art. 52,a y 55.5 del ET y art. 108-2 de la LRJS, en relación con el art.26-1 y 29 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/95 de 8 de noviembre; la misma que se anuncia dentro de los cinco días posteriores a la resolución (art. 194 de la LRJS), para que se interponga el recurso dentro de los diez días siguientes a que se notifique la puesta a disposición; así en caso de que se declare la nulidad del despido o sea este procedente y siendo este de carácter extraordinario impide el que por la Sala se efectúe una nueva valoración de la prueba, introduciendo una revisión fáctica que puede ser solicitada por alguna de las partes, con apoyo probatorio hábil y suficiente, para que conste declarado como probado dicho hecho esencial. Remitidos los autos a esta Sala, se señala fecha para la votación y fallo de la resolución, habiéndose cumplido con las formalidades legales de acuerdo con el art. 193, b) de LRJS.

Se tiene que tener, en cuenta que el recurso de suplicación, como razonó el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 294/1993, de 18 de octubre, *“no es un recurso de apelación ni una segunda instancia, sino un recurso extraordinario, de objeto limitado, en el que el Tribunal “ad quem” no puede valorar “ex novo” toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes, en especial la recurrente, que por ello mismo debe respetar una serie de requisitos formales impuestos por la ley y concretados por la jurisprudencia”*. Estos requisitos se justifican por *“el carácter extraordinario y casi casacional”* de dicho recurso, plasmándose en la actualidad en los artículos 193 y 196, núm. 2 y 3, en relación en el contenido del 97 de la LRJS, que limitan la capacidad revisora de la Sala, únicamente a aquellos extremos que, determinados por los impugnantes, resulten evidenciados con base exclusiva en prueba documental o pericial que individualizada y válidamente practicada en el proceso obre en los autos (sentencia del Tribunal Supremo de 13/07/2012 –rcud. 158/2011-)

10.- Por otro lado, puede impugnarse la sentencia de recurso de suplicación, a través de un Recurso de Casación, para la Unificación de doctrina; ante la Sala del Tribunal Supremo; que necesariamente debe prepararse escrito firmado por letrado y presentado dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la notificación de la sentencia que desestima dicho recurso, (art. 208 LRJS). Contra esta resolución, no cabe recurso alguno.

11.- En caso de que la Sala del Tribunal Supremo, declare la procedencia del despido, la trabajadora, puede presentar un Recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional, por la vulneración de un derecho fundamental.

VIII.-MEDIDAS A ADOPTAR

1.- Plantear una demanda contra la entidad empleadora, solicitando que se declare la Nulidad del despido y/o subsidiariamente por un Despido improcedente; condenando al empleador que proceda a la readmisión de la trabajadora, en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que tenía antes del despido; así como abonar los salarios de tramitación dejados de percibir, desde la fecha del despido, hasta su reincorporación, compensándose el importe, en concepto de indemnización, por extinción del contrato.

IX- CONCLUSIONES

PRIMERO.- El Sistema de la Seguridad Social, protege a la mujer, en situación de riesgo de embarazo, a través de una prestación de Incapacidad Temporal, y una prestación por maternidad, con un descanso de 16 semanas. De esta manera; dentro de una relación contractual, esta IT, significa un período de suspensión y no de extinción, donde la trabajadora tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo, una vez que cese la causa que dio origen a esa incapacidad; considerándose así, Nulo el despido dentro de este período de suspensión. Así, en el caso concreto, el empleador que determina la relación contractual con la recurrente, a través de un despido objetivo por ineptitud sobrevenida, es Nula porque el demandado es conocedor de la situación de embarazo de la recurrente desde el inicio de la relación laboral y aprovecha una situación de IT, para despedirla.

SEGUNDO.- Además se ha de tener en cuenta, que la declaración de “no apto” por el servicio de prevención, propio o ajeno, no excusa al empleador, de justificar la concurrencia de los requisitos legales del despido por ineptitud sobrevenida y que dicha situación no puede calificarse de permanente sino de transitoria, que es otro de los requisitos exigibles para la concurrencia de la causa objetiva de extinción. De esta manera se llega a la conclusión de que en este caso, la declaración de “no apto”, del servicio de prevención, como consecuencia de la revisión médica, a la que pudo ser sometida la recurrente, no es causa automática para que opere el art. 52.a) del ET y se justifique con ello la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo, al amparo del citado texto legal, sino que deben de concurrir los demás requisitos antes expuesto y que viene siendo admitidos reiteradamente por nuestra jurisprudencia.

Por otro lado se podría incluir, la cuestión de extinción del contrato por no superar el período de prueba, aunque el empleador en este caso, no lo consideró, pero la recurrente se hallaba dentro de este período en el momento de la extinción contractual y que por doctrina según las SSTC 92/2008 y 124/2009, sobre nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada, es extensible a los supuesto de la extinción de contrato durante el período de prueba, por lo que, aunque la empresa no conociera su estado de gestación, la decisión extintiva, mediante embarazo de la trabajadora, debe ser declarada nula ipso jure.

TERCERO.- El despido objetivo de la trabajadora, por ineptitud sobrevenida, conforme al art. 52 a) del ET es calificada, como una ausencia originaria o sobrevenida de las habilidades necesarias para desarrollar su trabajo, unas circunstancias psíquicas que pudieran hacer inhábil al trabajador para desarrollar su función o una pérdida o carencia de los requisitos legales necesarios para ejercer su trabajo, en este caso una ineptitud sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa, causal que utiliza el empleador para despedir a la recurrente, indicando el riesgo de embarazo, constituyendo así un menoscabo en el Derecho de la mujer trabajadora y un riesgo en la pérdida de empleo, como consecuencia de la maternidad; actuando la recurrente, en consecuencia, hace uso del ejercicio de su derecho, por considerar el despido como un acto discriminatorio y una vulneración de Derecho Fundamental, en aplicación del art. 14 de la CE.

CUARTO.- Tenemos que afirmar, que la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo, dentro de las relaciones laborales; y en aplicación de la doctrina de la prueba indiciaria, establecida por los Tribunales de Justicia y por el Tribunal Constitucional en amparo; han venido declarando la nulidad de aquellos despidos en los que tras haberse aportado por la trabajadora, un indicio razonable de vulneración de su derecho fundamental, no se hubiera acreditado por el empresario, la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción, que acredite que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio, habiéndose exigido, para entender aportado por la trabajadora el referido panorama indiciario, que se acreditara el conocimiento por la empresa del estado de embarazo; pues difícilmente puede considerarse que posee un móvil discriminatorio aquel despido, en el que quien despide desconoce la concurrencia del factor de diferenciación, en la que consiste tal discriminación.

En este caso, los indicios aportados, por la demandante, han sido suficientes para generar una razonable sospecha, apariencia o presunción de la existencia de un acto lesivo del derecho fundamental. Esos indicios han permitido deducir la posibilidad de que la lesión del derecho fundamental que se denuncia, se ha producido, ya que conectan el bien jurídico protegido, que es el derecho fundamental, y la lesión del mismo. No constando en el presente juicio como probado, que el demandado desconociera el estado de embarazo de la actora, en el momento de la contratación, no

puede estimarse que la ineptitud alegada haya sido sobrevenida, con posterioridad a la colocación en la empresa, pues no concurre la causa de extinción del art. 52.a) del ET,

En definitiva tal y como afirma la doctrina y jurisprudencia; el despido de la mujer embarazada, salvo que resulte procedente; es Nulo conforme a lo establecido en el art. 55.5, b) del ET, y por tanto, al margen de que el empleador conozca o no el estado de gravidez de la trabajadora. Por todo ello, la trabajadora recurrente acude a los Tribunales, a fin de que sean resarcidos sus derechos, solicitando que se declare la Nulidad del despido; la cual fue estimada en primera instancia, por el Juzgado de lo Social de Huesca; ratificándose además en segunda instancia por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón; declarando la nulidad de la decisión empresarial, en tanto en cuanto tiene acreditada la existencia de discriminación por razón de sexo; condenando así al empleador a que proceda a la readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que tenía antes del despido y a que le sean abonados los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido hasta su efectiva reincorporación, compensándose el importe satisfecho anteriormente en concepto de indemnización por extinción del contrato de trabajo.

Este es mi dictamen jurídico que se somete a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

X.- BIBLIOGRAFÍA

CRUZ VILLALÓN, JESÚS, Compendio del Derecho del Trabajo, Undécima edición, Editorial Technos, Grupo Anaya S.A., 2018.

ELORZA GUERRERO, FERNANDO; “Extinción del Contrato de Trabajo”; Universidad de Pablo de Olavide; Despido y prueba de la Discriminación por razón de sexo.

FERNÁNDEZ BERAIBAR, MAYTE, Causas de Despido Objetivo, Thomson Aranzadi 2007, Vol. 3.

FRANCO, TOMÁS, “Relaciones Laborales”, 4ta edición, Valencia 2013, Editorial Trant lo Blanch

GIL PLANA, JUAN; “El Despido de la trabajadora embarazada”; estudios del Derecho Laboral; Editorial Civitas, 2011.

HERRAIZ MARTÍN, Mº S.; “El Despido Nulo”, Editorial Aranzadi, S.A. 2009

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS; “Despido Objetivo por Ineptitud e Incapacidades Laborales”; Editorial Bomarzo, 1ª edición, Albacete, 2017

NOGUEIRA GUASTAVINO, MAGDALENA; “Extinción del Contrato de Trabajo”; Doctrina Constitucional sobre Discriminación directa por razón de embarazo, en el siglo XXI; Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 73.

SOLA FRANCO, TOMÁS, “Relaciones Laborales”, 4ta edición, Valencia 2013, Editorial Trant lo Blanch.

PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL; ALVAREZ DE LA ROSA, MANUEL; Derecho del Trabajo. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2018

RUBIO DE MEDINA, M.D.; “El Despido de la mujer embarazada”; Biblioteca Básica de Práctica Procesal, Nº 284; Editorial Bosch, 2006.

XI.- JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Aragón, 21 de febrero de 2018, núm.45/2018.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Aragón, 28 de febrero de 2018, núm. 62/2018.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Cataluña, sec. 1ª de 21 de junio de 2005, núm. 5550/2001.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Madrid, 11 de julio de 2016, núm. 348/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo del 14 de julio de 1982.
- Sentencia del Tribunal Supremo del 2 de mayo de 1990
- Sentencia del Tribunal Supremo del 22 de julio de 2005, núm. 1333/2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2012, núm. 158/2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala 4ª) de 28 de noviembre de 2017, R. 3657/20159.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 62/2007
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 92/2008, de 21 de julio de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 124/2009, de 18 de mayo de 2009.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 2893/2010, de 18 de abril de 2011, Sala de lo social.
- Sentencia Tribunal Constitucional 2893/2010, de 18 de abril de 2011.